

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. W. Burgerhart
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. F.M.H. Hoens
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. dr. N.V.C.E. Bauduin
Mr. E.C.E. Schnackers

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2016-02

2 november 2016

Overlijden, voogdij en de (gezags)positie van de langstlevende ouder ***A match made in heaven?***

In scheidingssituaties is een van de potentiële conflictpunten de vraag hoe het gezag van de ex-echtgenoten over de minderjarige kinderen geregeld moet worden. Als bekend blijven ex-echtgenoten als hoofdregel het gezag gezamenlijk uitoefenen, artikel 1:251 lid 2 BW. Hoewel een uitdrukkelijke wetsbepaling ter zake ontbreekt, geldt deze regel ook als ongehuwde ouders met gezamenlijk gezag uit elkaar gaan, zie bijvoorbeeld artikel 1:247a BW. Vervolgens overlijdt een van die ouders (ex-partners) met gezamenlijk gezag. Wie oefent dan het gezag uit? Het ligt voor de hand dat dan de andere ouder (ex-partner) die al (gezamenlijk) het gezag had, dit houdt en in beginsel van rechtswege alleen uitoefent, artikel 1:253f BW.

Dit geldt overigens ongeacht of men gehuwd of gescheiden is op het moment van overlijden.

Vandaag aandacht voor de aanverwante vraag wat rechtens is als de overleden ouder niet het gezamenlijk, maar het eenhoofdig gezag had en er nog een langstlevende ouder, zij het zonder gezag, 'rondloopt'; we begeven ons op het snijvlak van het erfrecht en het personen- en familierecht.

Krachtens artikel 1:253g lid 1 BW bepaalt de rechter of de overlevende ouder of een derde het gezag uitoefent. Een verzoek van de langstlevende ouder om met het gezag te worden belast, wordt slechts afgewezen als de rechter oordeelt dat het belang van de minderjarige zich tegen inwilliging verzet, artikel 1:253g lid 3 BW (tot 1 januari 2015 luidde de wettekst dat het verzoek werd afgewezen als *gegronde vrees* bestond dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden *verwaarloosd*).

De (testamentair) erfrechtelijke link in een dergelijke casus kan bestaan uit de aanwijzing door de overledene (met eenhoofdig gezag) van een voogd, artikel 1:292 BW. Gelukkig voor de overlevende ouder werkt, zo zien we in artikel 1:253g lid 4 BW, ook nu de 'voorrangsregel' van lid 3.

Echt interessant wordt het als de door de overledene 'aangewezen' voogd na diens overlijden daadwerkelijk tot voogd is benoemd, artikel 1:280 onder b BW. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen als de andere ouder na het overlijden van de ouder met eenhoofdig gezag (nog) géén verzoek heeft gedaan om hem/haar met het gezag te belasten en de 'aangewezen voogd' (tijdig) heeft verklaard de voogdij te aanvaarden. Artikel 1:253h BW wijst uit dat een wissel van gezag ook dan nog steeds tot de

mogelijkheden behoort. Sterker nog, de rechter kan ‘te allen tijde’ de beslissing waarbij de voogd werd benoemd, wijzigen en de andere ouder (alsnog) met het gezag belasten, artikel 1:253h lid 1 BW.

Onwenselijk ‘gesol’ met kinderen wordt voorkomen doordat het tweede lid de ‘te allen tijde’-norm in zoverre inperkt en nuanceert dat wijziging alleen kan:

‘op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd, of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan’.

Gelukkig voor de andere ouder wordt deze norm ook weer verzacht voor het geval de overlevende ouder tijdig, dat wil zeggen binnen één jaar na het begin van de voogdij, verzoekt om (alsnog) met het gezag te worden belast. Een tijdig ingediend verzoek wordt volgens artikel 1:253h lid 3 BW:

‘slechts afgewezen indien de rechter oordeelt dat het belang van de minderjarige zich tegen inwilliging verzet’.

Voor een concretisering van het voorgaande theoretische verhaal pakken we een beschikking erbij waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden op 20 januari 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:448) uitspraak deed.

Vooraf wel de opmerking dat deze kwestie onder oud recht (voor 1 januari 2015) speelde en de toetsnorm van artikel 1:253h lid 3 BW destijds luidde dat het verzoek van de ouder slechts werd afgewezen als gegronde vrees bestond dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd.

De overwegingen van het hof geven een fraai inzicht in de (wegings)problematiek:

‘9.1 In deze zaak speelt het *belang van de vader* bij het gezag enerzijds en anderzijds het *belang van de minderjarige bij rust in zijn omgeving* en bij beëindiging van de conflicten over de gezagsuitoefening over hem, mede nu hij nog niet zo lang geleden is geconfronteerd met de zeer ingrijpende gebeurtenis van het overlijden van zijn moeder.

9.2 Naar het oordeel van het hof moet het voor [de minderjarige1] van groot belang worden geacht dat zijn *positie in het gezin van de pleegmoeder wordt gestabiliseerd*, nu in dit gezin voor hem een veilige basis is gecreëerd om op te groeien, en voorts dat hem in dit gezin ook de rust wordt geboden om het rouwproces in verband met het overlijden van zijn moeder door te maken. Dit brengt mee dat niet voorbij kan worden gegaan aan het gegeven dat bij [de minderjarige1] sprake is van hevig verzet tegen elke vorm van contact met de vader en grote weerstand tegen bemoeienis van de vader met hem. Desgevraagd heeft [de minderjarige1] in zijn gesprek met de raadsheer-commissaris aangegeven zelf contact te willen zoeken, als hij daar behoefte aan heeft. Wat de positie van de vader in het leven van [de minderjarige1] betreft valt daarbij in aanmerking te nemen dat de vader nooit het gezag over [de minderjarige1] heeft gehad en hem nimmer langdurig heeft verzorgd, terwijl er reeds voor het overlijden van de moeder van [de minderjarige1] geen dan wel negatief contact tussen de vader en [de minderjarige1] was, waarbij [de minderjarige1] de vader al sinds juli/augustus 2012 niet meer heeft gezien.’ (curs. FH)

Gezien deze inleidende overwegingen verbaast de uitspraak van het hof niet meer:

‘9.3 Hoewel de vader stelt *niet de intentie te hebben om zich te bemoeien met het leven van [de minderjarige1]* en er voor het hof ook geen duidelijke aanwijzingen zijn dat dit anders is, is het niettemin zo dat de vader een veel ruimere mogelijkheid krijgt om zich te bemoeien met het leven van [de minderjarige1] wanneer hij het gezag krijgt. Verder is duidelijk dat de vader het gezag over [de minderjarige1] wenst om als ouder meer voor hem te kunnen betekenen en mede in de verwachting dat daardoor de kans op contactherstel zal toenemen. Niet onbegrijpelijk is dan ook dat [de minderjarige1] het als bedreigend ervaart als de vader het gezag over hem krijgt, gezien zijn grote weerstand tegen bemoeienis van en contact met de vader.

9.4 Onder de huidige omstandigheden moet dan ook afweging van de belangen van de vader en [de minderjarige1] naar het oordeel van het hof tot de conclusie leiden dat het verzoek van de vader om te worden belast met het gezag over [de minderjarige1] niet kan worden gehonoreerd, aangezien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging verzoek van de vader, de belangen van [de minderjarige1] zouden worden verwaarloosd.’ (curs. FH)

Wat men verder ook van de uitspraak in concreto moge vinden (de zeer expliciete wens van het kind maakt dat vertaling naar de praktijk in het algemeen lastig is), duidelijk is in ieder geval dat het in voorkomende gevallen van groot belang is om tijdig – binnen één jaar – het verzoek in te dienen. Het ligt immers voor de hand dat waar in de onderhavige casus ook bij tijdige indiening al afwijzend werd beslist, een en ander er voor de nog levende ouder zeker niet eenvoudiger op wordt bij een later – na één jaar – ingediend, en dus aan de ‘zwaardere’ criteria van artikel 1:153h lid 2 BW te toetsen, verzoek.

Mr. F.M.H. Hoens



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2016 © AdvoTip

Wilt u de AdvoTip niet meer ontvangen? Mail dan naar klantenservice@boomdenhaag.nl.

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip – Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.